

IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO.

**Ref.: EDITAL DE PREGÃO Nº 11/2022
PROCESSO Nº 15 /2022**

Ao
Serviço Autônomo de Água e Esgotos de Lençóis Paulista - SAAE

A empresa RENOVAR MEDIÇÃO LTDA, inscrita no CNPJ nº. 37.867.716/0001-09, sediada à Rodovia BR 135, Nº 364, Maria Rosa – CEP: 39.390-000/ Bocaiuva-MG, vem, respeitosamente, por intermédio de sua representante legal apresentar **a solicitação de esclarecimentos** a SAAE, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzido.

I – FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O SAAE abriu processo licitatório no objetivo de aquisição de hidrômetros volumétricos.

A Solicitante, no intuito de participar desse certame, obteve o edital em questão para preparar proposta estritamente de acordo com as necessidades dessa Administração. Fato é que, da análise do referido Edital foi possível detectar irregularidades, os quais devem ser imediatamente sanados, sob pena de se anular todo o procedimento.

Ocorre que o instrumento convocatório da forma como está redigido, fere completamente os princípios da Legalidade e da Isonomia, que preveem a seleção da melhor proposta de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados proporcionando o comparecimento do maior número possível de concorrentes ao certame, quando desconsidera os ditames da Lei Complementar nº 123/06, em específico os art. 47 e 48 e suas alterações, não destinando o percentual exigido por lei às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Prezados, como é do conhecimento de todos, a licitação pública é o processo seletivo, mediante o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidades a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de cotejar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam

mais vantajosas. Na qualidade de processo seletivo em que se procede a escolha de propostas, a licitação pública pressupõe a viabilidade da competição, da disputa. Ademais, a licitação pública é embasada em normas constitucionais e legais, processando-se dentro de determinados princípios. Dentre essas normas legais deve-se levar em consideração, também, os conceitos da Lei Complementar nº 123/06 e suas alterações, criada para resolver problemas de desigualdade entre grandes, médias e pequenas empresas, desenvolvendo um ambiente favorável com uma gama de oportunidades para que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte se organizem melhor, vendam mais e, conseqüentemente, aumentem seus lucros para que futuramente se tornem também grandes negócios.

Mas para que isso seja possível, é necessário que os preceitos legais que resguardam tais empresas sejam cumpridos. No entanto, o edital de licitação **PREGÃO Nº 11/2022**- não está salvaguardando o tratamento diferenciado e simplificado para as Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP, pois não prevê a hipótese de cota reservada e/ou itens para participação exclusiva de ME e EPP, em conformidade com o ordenado pela **Lei Complementar nº 123/2006**, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147/2014. Vejamos o que dispõem os arts. 47 e 48 da referida lei, em sua redação mais atual:

“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.”

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

- I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
- III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

O Decreto nº 8.538/2015, que regulamenta a referida Lei Complementar, reforça as disposições do art. 48, acima transcrito. Cite-se:

“Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

“Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.”

É preciso destacarmos que esse tratamento diferenciado que é dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte **decorre expressamente do texto da Constituição Federal**. Cite-se:

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Pois bem.

Especificamente no que diz respeito ao inciso III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, acima transcrito, é preciso destacarmos que o Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado no sentido de que **a cota de 25% ali estabelecida NÃO está adstrita ao valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) que é mencionado no inciso I, sendo duas exigências sem conexão entre si. Ou seja, a cota de 25% deve ser estabelecida mesmo que venha a ultrapassar tal valor.**

Senão, vejamos o arresto do TCU:

A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) **não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo.**

Para mais, em relação aos princípios que regem o processo licitatório, vejamos a redação do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

No que tange aos princípios específicos atente-se a inteligência do artigo 3º da Lei 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No que tange aos princípios específicos atente-se a inteligência do artigo 31 da Lei 13.303/2016:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Ressalta-se a importância do princípio da publicidade no processo licitatório, assim, a Administração Pública não pode cometer atos de obscuridade, sendo imprescindível a total transparência no que tange a todas as fases do procedimento licitatório, isto é, o princípio da publicidade não abrange somente a divulgação do procedimento para conhecimento dos interessados, mas também para absolutamente todas as fases do procedimento. E isso, por óbvio, também diz respeito às decisões e escolhas do órgão licitante durante a fase interna do procedimento licitatório.

Afinal, a Administração Pública deve obedecer aos princípios mencionados, não podendo haver desigualdade de condições dos concorrentes, descumprimento das normas e condições determinadas pelo edital, tampouco descumprimento dos procedimentos contidos na legislação. Além disso, o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes deve ser pautado por critérios objetivos elencados na legislação.

Com efeito, é preciso destacarmos que **a legislação que rege os procedimentos licitatório elenca em rol taxativo as hipóteses em que é possível se afastar o tratamento diferenciado às ME/EPP**. Senão, vejamos o que dispõe o art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Neste sentido, caso se entenda que há qualquer uma das impossibilidades elencadas no supratranscrito dispositivo legal, **deve-se haver uma justificativa fundamentada e detalhada por parte da Administração**. No entanto, *data maxima venia*, **não é o caso do presente procedimento licitatório, em que se deixou de dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte as benesses estabelecidas na legislação pertinente**, mesmo sem a apresentação de qualquer fundamento contundente para tal, sobretudo a demonstração de enquadramento do presente certame aos requisitos contidos no art. 49 da Lei Complementar nº 123 de 2006.

Com relação à aplicação do impedimento listado no artigo 49, II, da mencionada Lei Complementar, vejamos o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: CONSULTA – ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – HIPÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO – ART. 49 DA LC N. 123/2006 – ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. **a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório. b) Quando da delimitação e da definição, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.**

Portanto, entende-se que a expressão “regionalmente” deve ser expressamente delimitada e justificada pela Administração Pública, não podendo o impedimento ser tratado de maneira genérica e desordenada.

Ainda, cumpre evidenciar a respeito da ausência de fornecedores, portanto, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins entende que:

RESOLUÇÃO TCE/TO Nº 181/2015 – Pleno

(...)

O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exhaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa. Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros.

Isto é, na oportunidade de ausência de microempresas e empresas de pequeno porte localizadas no local ou na região aptas a fornecer o objeto da licitação, deverá o gestor se planejar e identificar a carência ainda na fase interna do processo licitatório, e deverá justificar exhaustivamente a situação ocorrida.

Nesse sentido, o Decreto nº 8.538/2015, preceitua que:

Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações;

Ademais, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União entende para a necessidade de essa “regionalidade” ser ampliada **ao máximo**, não sendo possível que o universo de potenciais licitantes seja analisando limitando-se ao Estado da Federação da sede do órgão ou entidade licitante. Cite-se:

Nas licitações em que for dispensado tratamento diferenciado a microempresas e a empresas de pequeno porte previsto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar 123/2006 e no art. 6º do Decreto 6.204/2007 **não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.**

(Acórdão 2957/2011-Plenário | Relator: André de Carvalho)

Portanto, para que não haja nulidade no processo licitatório a Administração Publica deve seguir estritamente os ditames supramencionados e o entendimento consolidado dos Tribunais de Contas, sobretudo o TCU. Ademais, os artigos são bem claros no dever de **se estabelecer licitações exclusivas para licitações até determinado valor (R\$ 80.000,00)** ou, *independentemente do valor do certame*, **reservar cota exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte no instrumento convocatório.**

Assim, *sempre quando a Administração Pública desejar fazer a aquisição de bens e/ou produtos de natureza divisível*, seja qual for a modalidade escolhida, **deve-se obrigatoriamente conceder os benefícios às ME/EPP estabelecidos no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006**, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014, prevendo **a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**, atendendo assim aos princípios da Isonomia e da Legalidade e estimulando o crescimento dos pequenos negócios, nos termos do que prevê o art. 179 da Constituição Federal.

Caso se entenda em sentido contrário, **deve haver justificativa fundamentada nas previsões contidas no art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006**, prévia à realização do certame, demonstrando qual a excepcionalidade verificada e quais foram as medidas adotadas pela Administração para identificar e confirmar a ocorrência da hipótese legal de exceção à concessão das benesses às ME/EPP.

II - REQUERIMENTOS

Demonstrada a irregularidade dos requisitos e condições previstos no instrumento convocatório e seus anexos, a solicitante requer a retificação do Edital nos termos supramencionados, ainda republicando-se o novo texto pelos meios oficiais e remarcando-se nova data para a realização da licitação.

Termos em que pede deferimento.

Bocaiuva/MG, 03 de junho de 2022



RENOVAR MEDIÇÃO LTDA - ME
CNPJ: 37.867.716/0001-09
Liliane Durães Rabelo Costa
Analista de Licitação